

# Études et doctrine

## CHRONIQUE

### Le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers

JEAN-FRANÇOIS CARRÉ, Avocat – Touttée, Carré et Associés

1. La possibilité de dissocier la présidence du conseil d'administration de la direction générale, réintroduite dans notre droit (1) par la loi relative aux nouvelles réglementations économiques (« NRE ») du 15 mai 2001, a été présentée comme un nouveau label de bonne gouvernance, permettant de rééquilibrer les pouvoirs, au sein de la société anonyme dite « classique », entre la direction générale et le conseil d'administration. Encore faut-il, pour que cet équilibre puisse être atteint, que le conseil d'administration, dont les compétences ont été réduites, garde un pouvoir suffisant lui permettant, le cas échéant, d'agir indépendamment de la direction générale.

Les textes issus de la loi NRE sont malheureusement ambigus et pourraient laisser penser que le conseil d'administration ne dispose plus d'aucun pouvoir pour engager la société à l'égard des tiers. Il ne pourrait pas donner mandat à une personne autre qu'un représentant légal pour mettre en œuvre les décisions qu'il a prises, les actes accomplis en exécution d'un tel mandat encourageant un risque de nullité.

#### Des textes ambigus

2. On se souvient qu'avant l'entrée en vigueur de la loi NRE, les textes conféraient un même pouvoir de gestion et de représentation à l'égard des tiers au conseil d'administration et à son président, tous deux investis des « pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société » (2).

Depuis la loi NRE, alors que la définition des pouvoirs du directeur général reprend mot pour mot celle rappelée ci-dessus (3), le conseil d'administration est désormais chargé de statuer sur les questions d'ordre stratégique de la société (« il détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre ») et d'une mission de contrôle (« il procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns ») (4).

Mais les textes ne limitent pas les pouvoirs du conseil d'administration à la définition de la stratégie et au contrôle de la gestion. Selon l'article L 225-35 du Code de commerce, le conseil « se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent. Dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social (...) ».

3. Le caractère ambigu de ces formules prête à confusion :

– Quelle est la nature exacte des pouvoirs de gestion du conseil d'administration lorsqu'il « se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent » ? Ces termes, qui ne répondent pas à une définition juridique, laissent les commentateurs dubitatifs.  
– Pourquoi continuer de prévoir que la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social après avoir retiré au conseil d'administration les « pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société » ?

4. Si la majorité de la doctrine semble s'accorder pour reconnaître au conseil d'administration un pouvoir de gestion plus ou moins étendu (5), elle est bien plus divisée sur le point de savoir si le conseil d'administration dispose d'un pouvoir pour engager la société à l'égard des tiers. Il est à cet égard assez remarquable de noter combien les positions des auteurs sont tranchées, que ce soit :

– en faveur du pouvoir de représentation (cf. A. Viandier et A. Charvériat (6), « Les mots ont changé mais la réalité paraît bien être demeurée la même : le conseil d'administration dispose des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société » ou Lamy Sociétés Commerciales, Ed. 2007, n° 3476 : « le conseil d'administration, qui conserve compétence pour prendre des décisions de gestion et engager la société envers les tiers, peut donner au président une délégation spéciale pour signer les actes qui découlent de ses décisions » et n° 3445 citant la possibilité pour un préposé, habilité à cet effet par le conseil d'administration de faire une déclaration de créance valable dans le cadre d'une procédure collective (7)) (8) ;

– ou pour dénier ce pouvoir (cf. Deen Gibirila (9) : « Il va de soi que la représentation de la société relève de la compétence

(5) Cf. notamment Deen Gibirila, Dirigeants sociaux. Désignation. Exercice et cessation de fonctions : J.-Cl. fasc. 1050 n° 73 : « le conseil d'administration a surtout une fonction de gestion dont la portée varie selon la nature interne ou externe des relations qu'il entretient ». Cette compétence expliquée au demeurant que les administrateurs demeurent responsables « des fautes commises dans leur gestion » (C. com. art. L 225-251 al. 1).

(6) A. Viandier et A. Charvériat : Sociétés et loi NRE : Mode d'emploi après un an d'application Ed. Francis Lefebvre 2002 n° 122.

(7) Se référant à un arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2004 (Cass. com. 28-9-2004 n° 03-12.023 : RJDA 2/05 n° 167) dont il convient de relever qu'il concerne une situation antérieure à l'entrée en vigueur de la NRE (cf. note 18).

(8) Pour d'autres positions semblant pencher pour le pouvoir de représentation du conseil à l'égard des tiers : Ph. Merle : Droit commercial – sociétés commerciales Dalloz 2007 n° 404 ; J.-P. Bouère, PDG ou président et directeur général : Bull. Joly 2001 p. 695 n° 13.

(9) J.-Cl. Commercial fasc. 1050 n° 75.

(1) Prévue par la loi du 24 juillet 1867, la dissociation des fonctions a été supprimée par une loi du 16 novembre 1940.

(2) C. com. art. L 225-35 et L 225-51 anciens (respectivement ex-art. 98 et 113 de la loi 66-537 du 24-7-1966).

(3) C. com. art. L 225-56.

(4) C. com. art. L 225-35.

exclusive du directeur général qu'il ne partage en rien, ni avec le président qui représente seulement le conseil d'administration (10), ni avec celui-ci ; ce qui lui confère une supériorité sur cet organe qui est pourtant habilité à le révoquer. Il est le seul à pouvoir entrer en relation juridique avec les tiers » ou *Mémento Sociétés Commerciales Francis Lefebvre* (11) : « si le conseil d'administration adopte une décision impliquant un engagement de la société à l'égard des tiers [par exemple, décision de conclure ou résilier un contrat], il lui appartient de demander au directeur général de l'exécuter » (12).

### La collégialité et l'absence de personnalité morale du conseil d'administration ne s'opposent pas à son pouvoir d'engager la société

5. Dissipons d'emblée une confusion qui pourrait s'opérer sur la nature du pouvoir de représentativité dont disposerait le conseil d'administration. Il s'agit pour cet organe d'avoir la faculté de donner un pouvoir spécifique à une personne – par hypothèse autre qu'un représentant légal de la société – pour accomplir un acte juridique au nom de la société (et non pas la possibilité pour le conseil d'agir sans mandataire ou de faire accomplir par celui-ci un acte au nom du conseil lui-même).

Le pouvoir de représentation du conseil pourrait en effet être sujet à caution pour deux raisons, qui ne semblent pas pertinentes :

- Le caractère collégial de cet organe. En tant que tel, le conseil d'administration n'a en effet pas la capacité pratique de signer des actes au nom de la société. Comme cela a fort bien été exposé par le professeur Didier « Le conseil n'agit donc pas : il délibère et décide » (13). Mais cela ne l'empêche pas pour autant de décider qu'une personne déterminée exécutera ses décisions ?
- L'absence de personnalité morale du conseil d'administration : organe non doté de la personnalité juridique, le conseil d'administration ne peut pas agir en son nom propre (14).

6. Un arrêt du 3 octobre 2006 de la Cour de cassation (15) aborde cette question en précisant les conditions d'application de l'ancien article L 225-233 du Code de commerce (16), lequel pré-

voyait que les commissaires aux comptes pouvaient être révoqués par décision de justice à la demande (notamment) du conseil d'administration. Souhaitant initier cette procédure, un conseil d'administration avait introduit lui-même une instance à cet effet. La Cour de cassation, confirmant l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse (17), juge qu'un tel acte de procédure est nul, précisant que « le conseil d'administration, s'il a qualité, aux termes des articles L 225-233 du Code de commerce et 188 du décret du 23 mars 1967, pour décider le relèvement des fonctions de commissaires aux comptes de la société, doit, en l'absence de personnalité morale, agir en justice par l'intermédiaire du représentant légal de la société ». Il ne nous semble pourtant pas qu'il doive être conféré à ce second membre de phrase une portée trop générale et en déduire que le conseil d'administration devrait nécessairement agir par l'intermédiaire du représentant légal de la société. Ce qui a vicié la procédure, c'est qu'elle a été introduite au nom du conseil d'administration, l'absence de personnalité morale, et donc de capacité juridique, de cet organe, entraînant la nullité de l'acte de procédure (cf. NCPC art. 117). Lorsque le représentant légal initiera la procédure judiciaire de récusation du commissaire aux comptes à la demande du conseil, il n'agira pas, lui non plus, au nom du conseil d'administration, mais au nom de la société (au nom de qui d'autres pourrait-il agir ?). Ce qu'a récusé la Cour de cassation, c'est la possibilité pour le conseil d'administration d'agir en justice « pour son propre compte ». En mentionnant que l'action devait être introduite par le représentant légal de la société, la Cour renvoie, nous semble-t-il, simplement aux règles de droit commun qui s'appliqueront en l'absence de mandat spécial confié par le conseil d'administration : le représentant naturel de la société, c'est son représentant légal.

Remarquons au demeurant que le conseil d'administration ne disposait pas plus de la personnalité morale avant la loi NRE qu'aujourd'hui. Or, auparavant, cette absence de capacité juridique n'a jamais fait obstacle à la possibilité pour le conseil d'administration de conférer un pouvoir à une personne autre que le représentant légal pour agir au nom de la société, comme la Cour de cassation l'a rappelé dans une jurisprudence récente confirmant qu'un préposé, disposant d'une délégation du conseil d'administration, pouvait valablement déclarer une créance de la société dans une procédure collective (Cass. com. 28-9-2004) (18).

### La lettre, comme l'esprit de la loi, justifient que le conseil d'administration conserve un pouvoir de représentation

7. La possibilité pour le conseil d'administration d'engager la société peut être justifiée par trois séries d'arguments :

- un auteur relève qu'ayant compétence pour nommer le directeur général doté d'un pouvoir général de représentation de la société, le conseil d'administration peut a fortiori désigner un préposé ayant un pouvoir de représentation limité (19). Cet argument, selon lequel « qui peut le plus peut le moins », n'emporte pas la conviction. Il paraît en effet s'opposer au principe de spé-

(10) L'article 225-51 du Code de commerce prévoyait, après l'entrée en vigueur de la loi NRE, que le président du conseil d'administration représentait ce dernier, disposition supprimée par la loi 2003-706 du 1<sup>er</sup> août 2003 de sécurité financière.

(11) *Mémento Sociétés Commerciales Francis Lefebvre* 2008 n° 8210.

(12) Considérant également que le conseil d'administration ne bénéficierait pas d'un pouvoir de représentation : B. Saintourens, Les organes de direction de la société anonyme après la loi relative aux nouvelles régulations économiques : *Rev. sociétés* 2001 p. 524, A. Couret, La loi sur les nouvelles régulations économiques. La régulation du pouvoir dans l'entreprise : *JCP G* 2001 I 339 n° 14 et J.-P. Dom, Conseil d'administration. Directeur général associé. Répartition des pouvoirs avec le Conseil, obs. sous T. com. Bordeaux 2-1-2003 : *Bull. Joly* 2003 p. 940 semblent également se prononcer en ce sens.

(13) P. Didier : *Droit Commercial : l'entreprise en société, les groupes de sociétés* Thémis PUF 1999 tome 2 p.198.

(14) C'est pour cette raison que la loi 2003-706 de sécurité financière du 1<sup>er</sup> août 2003 a supprimé une incongruité issue de la loi NRE, en vertu de laquelle le conseil d'administration était représenté par son président.

(15) Cass. com. 3-10-2006 n° 05-12.410 : *RJDA* 2/07 n° 170, D. 2006 p. 2670 note A. Lienhard, *Bull. Joly* 2007 p. 33 note J.-F. Barbieri.

(16) Avant l'ordonnance 2005-1126 du 8 septembre 2005, ce texte était ainsi rédigé : « En cas de faute ou d'empêchement, les commissaires aux comptes, à la demande du conseil d'administration, du directoire, du comité d'entreprise, d'un ou plusieurs actionnaires représentant au moins 5 % du capital social ou l'assemblée générale, être relevés de leurs fonctions, avant l'expiration normale de leurs fonctions, par décision de justice, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ». Ces dispositions sont reprises, en substance, par l'actuel article L 823-7 du Code de commerce.

(17) CA Toulouse 13-1-2005 n° 03-1643 : *RJDA* 11/05 n° 1244, *Bull. Joly* 2005 p. 359 note J.-F. Barbieri, Dr. Sociétés 2005 comm. n° 160 note H. Hovasse.

(18) Cass. com. 28-9-2004 n° 03-12.023 : *RJDA* 2/05 n° 167, *BRDA* 21/04 n° 8, D. 2004 p. 2653, Banque et Droit 108/2006 p. 64 obs. J.-L. Guillot. Selon notre raisonnement, la même position devrait continuer à s'appliquer postérieurement à la NRE (en ce sens, voir commentaire de l'arrêt par Paul Le Cannu : *Bull. Joly* 2005 p. 37 et Lamy Sociétés commerciales n° 3445).

(19) Commentaire sous Cass. com. 28-9-2004 n° 03-12.023 : D. 2004 p. 2653 et, se référant à cette position, P. le Cannu : *Bull. Joly* 2005 p. 37.

cialisation des organes sociaux qui s'impose aux sociétés anonymes : si la loi confère des compétences spécifiques à un organe social, un autre organe, fût-il d'un rang supérieur, ne peut empiéter sur ces prérogatives : l'organe qui peut nommer et révoquer un autre organe ne peut pas pour autant se substituer à ce dernier (20) ;

#### 8. – la lettre des textes :

• L'article L 225-35 du Code de commerce continue à préciser, comme avant la loi NRE, que « dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ».

On a du mal à donner un sens à cette disposition si le conseil d'administration ne dispose d'aucun pouvoir de représentation à l'égard des tiers. A-t-elle pour unique objet de préciser que les décisions du conseil, dès lors qu'elles nécessitent la passation, par la direction générale, d'un acte avec un tiers, sont opposables à la société même si elles excèdent l'objet social ? Cette interprétation ne semble pas conforme à la lettre de l'article L 225-35, qui vise les actes (et non les simples décisions) du conseil d'administration. En outre, si telle était l'unique finalité de ce texte, il serait alors totalement redondant avec l'article L 225-56, al. 2 qui dispose déjà que « la société est engagée même par les actes du directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social ». La thèse la plus plausible, en fait, pour prétendre que cet article ne confirme pas le pouvoir de représentation du conseil, est de considérer que sa subsistance provient d'une omission du législateur. Faire fi d'un texte sur cette simple présomption est néanmoins bien discutable. D'autant que rien ne permet d'étayer la thèse d'un oubli du législateur. Les travaux parlementaires viennent au contraire contredire cette analyse.

En effet, tout en conservant le texte susvisé, la loi NRE en a supprimé un autre, qui précisait que les dispositions des statuts limitant les pouvoirs du conseil d'administration étaient inopposables aux tiers. La loi ne protège donc plus expressément les tiers que dans l'hypothèse d'un acte du conseil dépassant l'objet social (article L 225-35 conservé) et non lorsque cet acte contrevient à une limitation statutaire des pouvoirs du conseil (disposition abrogée). Pour certains auteurs, c'est la suppression de l'inopposabilité des clauses statutaires limitant les pouvoirs du conseil qui résultait d'une inadvertance du législateur (21). Cela ne semble pas le cas puisque cette question a bien été évoquée lors des travaux parlementaires, un amendement ayant eu pour objet l'inopposabilité aux tiers des limitations de pouvoirs statutaires (22). Sur ces points, le législateur n'a donc pas agi par inadvertance. Certains auteurs (23) ont apporté une explication cohé-

rente à la démarche du législateur : si les clauses statutaires limitant les pouvoirs du conseil ne sont plus expressément visées par les textes, c'est parce qu'elles ne seraient plus valables, le législateur ayant souhaité que le conseil d'administration exerce la plénitude des fonctions qui lui incombent de par la loi, sans que les statuts puissent limiter ses pouvoirs. En revanche, dans l'exercice de ses fonctions, le conseil d'administration pourrait bien passer des actes avec des tiers, et il convient de protéger ces derniers dans l'hypothèse où ces actes outrepasseraient l'objet social.

• L'article R 225-29 du Code de commerce, inchangé (anciennement article 90 du décret du 23-3-1967), prévoit toujours que « le conseil d'administration peut conférer à un ou plusieurs de ses membres ou à des tiers, actionnaires ou non, tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés ». Ce texte pourrait, il est vrai, être compris de manière restrictive, les missions confiées au tiers ou à l'administrateur ne lui conférant pas nécessairement le pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers. Mais si le conseil ne pouvait pas engager la société, il ne serait alors pas capable, à lui seul, d'engager la société à l'égard de l'administrateur ou du tiers auquel il confierait la mission. La société pourrait-elle opposer à ce mandataire qui voudrait voir ses prestations payées (si une rémunération a été prévue) que la société n'était pas suffisamment engagée par la décision du conseil ? La portée de ce texte réglementaire serait singulièrement réduite s'il fallait que la décision du conseil soit confirmée par un contrat en bonne et due forme signé entre le tiers ou l'administrateur mandaté par le conseil et le représentant légal de la société (24).

#### 9. – l'esprit des textes : l'équilibre des pouvoirs recherché par la loi NRE nécessite de laisser un pouvoir de représentation au conseil.

Le raisonnement des auteurs excluant le pouvoir de représentation du conseil d'administration semble plus fondé sur une certaine vision de la loi NRE que sur la lettre des textes.

L'un des objectifs de la loi NRE était de mieux délimiter les compétences respectives du conseil d'administration et de la direction générale. Une meilleure répartition des rôles devait notamment améliorer la place et l'efficacité du conseil d'administration. Plutôt que d'être investi d'un pouvoir très général qui restait en fait théorique (l'ensemble des pouvoirs étant de facto assumés par le président) le conseil devait voir ses compétences réduites mais mieux les exercer en assurant son indépendance à l'égard de la direction générale (dès lors que celle-ci n'assurait plus la présidence du conseil).

Une stricte séparation des compétences respectives du conseil d'administration et de la direction générale devrait en conséquence maintenant prévaloir. Or, la hiérarchisation des pouvoirs au sein de la société anonyme doit être rigoureusement respectée, tout acte d'un organe empiétant sur les pouvoirs spécifique-

(20) Cf. en ce sens : Répartition des pouvoirs entre l'assemblée générale et le conseil d'administration : rappel de Jurisprudence : ANSA sept-oct. 1990 n° 2518.

(21) A. Charvériat et A. Viandier : Sociétés et loi NRE éd. Francis Lefebvre 2002, n° 115 ; Michel Germain : Traité de Droit Commercial Ripert et Roblot T. 1 V. 2 n° 1671.

(22) Cf. Rapport AN n° 2327 de M. Besson au nom de la commission des finances, de l'économie générale et du plan sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques : « Votre Commission a adopté un amendement (n° 10) de la commission des Lois précisant les pouvoirs du conseil d'administration. Elle a rejeté deux amendements de M. François d'Aubert, l'un relatif à l'inopposabilité aux tiers des dispositions statutaires limitant les pouvoirs du conseil d'administration et l'autre tendant à modifier les pouvoirs du conseil d'administration. ».

(23) A. Theimer, Le renforcement des pouvoirs du conseil d'administration depuis la loi 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques : Dr. sociétés décembre 2001 Repères p. 3.

(24) Cette convention étant, si la personne est administrateur, soumise à la procédure des articles L 225-38 et suivants du Code de commerce : cf. CA Paris 3-11-1983 : Dr. sociétés 1984 n° 251. Rappelons également que c'est au conseil d'administration qu'il incombe de fixer la rémunération des « missions ou mandats confiés à des administrateurs » (C. com. art. L 225-46, texte dont le champ d'application est plus réduit puisqu'il vise exclusivement la rémunération des administrateurs, C. com. art. R 225-29 prévoyant que le conseil peut également confier des missions à un tiers). Pour un exemple d'une mission d'audit confiée à un administrateur, avant la loi NRE : Cass. soc. 31-10-2000 n° 99-11.808 : RJDA 3/01 n° 333. Il a également été jugé que n'engageait pas la société une décision d'un président de conseil (non habilité par ce dernier) d'ordonner le paiement d'honoraires, d'un expert comptable (CA Douai 9-12-2004 2<sup>e</sup> ch. sec.2 n° 02-7188, SA Clinique Claude Bernard c/ SA SCEC : jurisdata 2004-269869).

ment conférés par la loi à un autre organe courant un risque de nullité (25).

Comme la direction générale dispose indubitablement d'un pouvoir de représentation à l'égard des tiers, a contrario le conseil d'administration ne devrait, lui, plus avoir aucune compétence en la matière.

Mais ces grands principes ne nous paraissent pas avoir été retenus de manière aussi manichéenne par la loi NRE.

Remarquons tout d'abord que la loi n'a pas institué un cloisonnement strict des compétences respectives du conseil d'administration et de la direction générale. Des prérogatives continuent à être partagées : si le conseil d'administration « se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concernent », c'est bien qu'il peut intervenir dans des domaines qui sont également de la compétence de la direction générale. Si le conseil décide de statuer sur des opérations de cette nature, le directeur général devra probablement suivre les délibérations du conseil. S'il ne le fait pas, la direction générale agira seule.

S'agissant du pouvoir de représentation à l'égard des tiers, dénier toute compétence en la matière au conseil d'administration le mettrait dans une situation de dépendance à l'égard de la direction générale qui serait certainement contraire au rééquilibrage des pouvoirs qu'a voulu instaurer la NRE dans le cadre de la dissociation des fonctions, et supposant en particulier une plus grande autonomie du conseil par rapport à la direction générale. Une affaire portée devant le tribunal de commerce de Bordeaux illustre ce propos (26). Un conseil d'administration avait décidé la réalisation d'un audit par un cabinet déterminé et chargé la direction générale de faire exécuter cet audit. Le directeur général avait refusé de désigner le cabinet en cause. Il est étonnant qu'un tel conflit ait été porté devant les tribunaux, sa résolution la plus naturelle semblant passer par la révocation du directeur général. C'est pourtant la voie judiciaire qui fut empruntée par les parties et qui amena le tribunal de commerce de Bordeaux à condamner sous astreinte le directeur général à faire exécuter la mission par le cabinet désigné par le conseil. Si le conseil d'administration a dû introduire une instance, cela sous-tend qu'il n'aurait pas eu lui-même la possibilité de donner un pouvoir (par exemple à son président) pour signer un contrat missionnant l'expert. Le tribunal de commerce de Bordeaux ne se

prononce néanmoins pas sur ce point puisqu'il n'était pas débattu par les parties qui, d'elles-mêmes, avaient apparemment décidé de suivre cette position. On remarquera que, si l'on devait suivre rigoureusement cette analyse, le conseil d'administration ne devrait pas pouvoir, dans une affaire comme celle tranchée par le tribunal de commerce de Bordeaux, saisir lui-même une juridiction : n'ayant pas la personnalité morale, il est dans l'incapacité de faire réaliser des actes de procédure en son nom (cf. Cass. com. 3-10-2006 précité note 15) et si on lui dénie la possibilité de désigner un mandataire autre que le représentant légal pour exécuter ses décisions, il n'aurait pas d'autre choix que de demander au directeur général d'introduire une instance à son encounter ... (27) Certains auteurs ont qualifié le président du conseil, en cas de dissociation des fonctions, de « président fantôme » (28). A suivre l'analyse susvisée, le conseil d'administration serait pour sa part devenu manchot.

10. L'un des objectifs de la loi NRE était de mieux assurer le contrôle de la direction générale, qui ne devait plus reposer sur un seul homme contrôlant de facto le conseil d'administration. Ce rééquilibrage serait bien fragile si le conseil dépendait pour tout sujet de la direction générale. Il serait malsain que le conseil d'administration ne puisse agir qu'au travers de la direction générale et, le cas échéant, en faisant planer sur celle-ci la menace d'une révocation comme seul moyen de résolution de leurs divergences de vues ponctuelles. Le bon équilibre des pouvoirs nécessite que le conseil d'administration (et ses comités) dispose d'une véritable autonomie d'action, avec un budget propre et la possibilité d'engager des dépenses comme de missionner un expert. Il doit pour ce faire pouvoir désigner les personnes habilitées à signer des actes engageant la société sans devoir systématiquement dépendre de la direction générale. Un pouvoir d'engager la société doit a minima être reconnu au conseil d'administration pour toutes les décisions ressortant indubitablement de sa compétence comme le contrôle et la définition des grandes orientations stratégiques. N'est-il pas normal que le conseil d'administration puisse charger son président de signer un contrat stratégique dont la conclusion a été décidée par le conseil ou une lettre de mission chargeant un expert d'effectuer un audit ?

Le bon usage de ces pouvoirs sera affaire d'espèce, chaque société devant trouver l'équilibre correspondant à sa situation. Seuls sont à notre sens critiquables, comme avant la loi NRE, les situations disproportionnées dans lesquelles le conseil, abusant de ses prérogatives, se substituerait à la direction générale (29). La

(25) Cf. arrêt Motte Cass. com. 4-6-1946, Sté anonyme de teintures et d'impression c/ Motte : JCP G 1947 II 3518 note D. Bastian. S'il fallait en effet considérer que les actes accomplis par un mandataire habilité par le conseil contreviennent à la répartition légale des pouvoirs entre conseil d'administration et direction générale, ils seraient entachés d'une nullité dont pourrait se prévaloir la société. Reste à savoir si les tiers pourraient eux aussi évoquer cette cause de nullité (cf. arrêts ayant jugé que des tiers pouvaient se prévaloir du non-respect de limitations de pouvoirs statutaires, rendant nul les actes de procédure réalisés par le mandataire social : Cass. 2<sup>e</sup> civ. 23-10-1985 n° 83-12.007 : Rev. sociétés 1986 p. 409 note B. Bouloc ; Cass. soc. 11-6-1997 n° 94-43.822 : RJDA 10/97 n° 1222. Voir également CA Paris 13-11-2001 21<sup>e</sup> ch. C n° 00-39197 : jurisdata 2001-164670 pour la nullité d'une procédure de licenciement mise en œuvre par le représentant permanent d'un administrateur personne morale. Pour des positions considérant que le cocontractant d'une société ne pourrait en revanche pas se prévaloir de la violation, par le représentant de la société, de ses limitations de pouvoirs pour remettre en cause le contrat signé : Deen Gibirila : J.-Cl. Commercial fasc. 1050 n° 104 ; Mémento Sociétés Commerciales Francis Lefebvre 2008 n° 2321 ; Limitation des pouvoirs des mandataires sociaux : possibilité pour un tiers de s'en prévaloir : ANSA Comité juridique n° 04-052 du 2-6-2004. Voir également Cass. 1<sup>er</sup> civ. 2-11-2005 n° 02-14.614 : RJDA 6/06 n° 643 : « la nullité d'un contrat en raison de l'absence de pouvoir du mandataire, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée ».

(26) Trib. com. Bordeaux 2-1-2003 n° 02-872, ord. réf., Marchiani c/ Dubernard : RJDA 11/03 n° 1084, Rev. sociétés 2003 p. 134 note B. Saintourens, Bull. Joly 2003 p. 940 note J.-P. Dom.

(27) Le Président du conseil d'administration, qui « veille au bon fonctionnement des organes de la société » (C. com. art. L 225-51) aurait-il, lui, capacité à agir ? On note qu'à l'époque où l'action a été introduite devant le tribunal de commerce de Bordeaux, la loi prévoyait que le président du conseil d'administration représentait celui-ci.

(28) Ph. Merle, Faut-il vraiment créer un troisième type de direction des sociétés anonymes en France ? : Bull. Joly 2000 p. 473.

(29) Seules les situations extrêmes dans lesquelles le conseil d'administration en viendrait à se substituer à la direction générale, privant celle-ci de ses prérogatives, nous semblent critiquables sur le plan juridique (pour des illustrations de telles situations avant l'entrée en vigueur de la loi NRE : cf. Cass. com. 11-6-1965 n° 63-10.240 : Bull. civ. III n° 361 ; Sirey « Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale » note Jean Noirel ; Ph. Merle, Contrat de management et organisation des pouvoirs dans la société anonyme : DS 1975 chron. p. 245. En sens inverse, il nous semble également possible que le directeur général confie un mandat au président du conseil d'administration pour signer un contrat spécifique. Cette souplesse, bien utile dans des PME où les personnes pouvant prendre la responsabilité de signer des contrats ne sont pas nombreuses, ne nous paraît pas remettre en cause l'équilibre des pouvoirs au sein de la société, dès lors que de telles délégations restent ponctuelles (cf. en ce sens Lamy Sociétés Commerciales 2007 n° 3476 – contra : président du conseil d'administration « dissocié » : faculté de recevoir mandat ou délégation du directeur général : ANSA Comité juridique n° 3167 du 11-9-2002).

prérogative exclusive que la loi confère au directeur général est que lui seul (30) dispose d'un pouvoir de représentation générale à l'égard des tiers : il n'a pas besoin de justifier de pouvoirs spécifiques et de se retourner incessamment vers le conseil d'administration pour engager la société dans les actes de la vie courante. Le conseil d'administration ne pourra pas lui faire

(30) Et, le cas échéant, d'éventuels directeurs généraux.

concurrence en la matière, ne serait-ce que par l'intermittence de ses réunions. Il ne pourra pas non plus donner des pouvoirs généraux à un mandataire non représentant légal.

La faculté pour le conseil d'engager la société à l'égard des tiers contribue à l'équilibre des pouvoirs en renforçant l'indépendance du conseil d'administration. Elle constitue également l'une des caractéristiques permettant de distinguer la société anonyme à conseil d'administration avec direction « dissociée » de la forme dualiste (avec directoire et conseil de surveillance).